OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-800208/14/Re/JHo

Datum:
Linz, 31. August 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der M G, X, P vom 4. Juli 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 9. Juni 2016, GZ: Ge96-13-2016, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2017 wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 400 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 29 Stunden herabgesetzt wird und der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses dahingehend abgeändert wird, dass es anstatt der Wortgruppe „fünf Hunde (1 Husky, 1 großer mittelbrauner Hund, 2 Schäferhunde, 1 großer weißer Hund) in gewerbsmäßiger Betreuung waren“ zu lauten hat: „ein großer mittelbrauner Hund in gewerbsmäßiger Betreuung war“.

II. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren verringert sich auf 40 Euro.
Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem Straferkenntnis vom 9. Juni 2016, GZ: Ge96-13-2016, hat die Bezirkshauptmannschaft Freistadt über M G, P, X, gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit § 74 Abs. 2 GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von drei Tagen, verhängt.
Der Bestrafung liegt nachstehender Tatvorwurf zugrunde:

„Die Beschuldigte, Frau M G, geb. am X, X, P, hat es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Gewerbeinhaberin (Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer im Standort X, P) zu vertreten, wie aus der Anzeige der G GmbH vom 14.3.2016 hervorgeht, dass im Standort P, X, auf Grdst.Nr. X, X, KG P, und Grdst. Nr. X, KG H, in der Zeit vom 9.3.2016 bis 13.3.2016 eine genehmigungspflichtige gewerbliche Betriebsanlage in Form einer Hundepension ohne gewerbebehördlicher Genehmigung nach erfolgter Errichtung betrieben wurde, indem dort in diesem Zeitraum fünf Hunde (1 Husky, 1 großer mittelbrauner Hund, 2 Schäferhunde, 1 großer weißer Hund) in gewerbsmäßiger Betreuung waren. Eine Genehmigungspflicht hiefür ist deshalb gegeben, da auf Grund der damit verbundenen Tätigkeiten, der Betriebsweise und der Ausstattung, diese Hundepension geeignet ist, die Nachbarn durch Lärm und Geruch zu belästigen.“

Begründet wird der Strafausspruch dahingehend, dass der Betrieb einer Hundeschule nicht den Ausnahmeregelungen des § 2 der GewO unterliege, sondern es sich um ein freies Gewerbe handle, welches den Bestimmungen hinsichtlich des Betriebes einer gewerblichen Betriebsanlage unterliege. Die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) habe im Standort bereits seit 1. Jänner 2013 das freie Gewerbe „Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer“ angemeldet. Ihr sei daher bereits seit rund drei Jahren das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit bekannt.
In der Zeit von 9. bis 13. März 2016 sei, wie aus der Anzeige der G GmbH vom 14. März 2016 hervorgehe, der Betrieb der Anlage durch gewerbsmäßige Betreuung von 5 Hunden (1 Husky, 1 großer mittelbrauner Hund, 2 Schäferhunde, 1 großer weißer Hund) festgestellt worden, dies im Betriebsareal P, X, auf den Grundstücken Nr. X, X, KG P und Nr. X, KG H.
Ein Betrieb in Form einer Hundepension sei geeignet, Nachbarn durch Lärm zu belästigen, weshalb eine anlagenrechtliche Bewilligungspflicht bestehe. Die Verwaltungsübertretung sei rechtswidrig und schuldhaft begangen worden, wonach Strafbarkeit gegeben sei. Erschwerungs- und Milderungsgründe seien keine vorhanden, die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse seien auf ein monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro geschätzt worden, gleichzeitig bestünden kein Vermögen und keine Sorgepflichten.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat M G, im behördlichen Verfahren vertreten durch Rechtsanwalt Mag. G D, P, innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben. Das Straferkenntnis wird zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit bekämpft und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

Dies nach Darlegung des wesentlichen Sachverhaltes und der ihrer Auffassung zufolge wesentlichen Rechtsgrundlagen, gleichzeitig ergänzt mit der Anregung auf Änderung der GewO 1994 wegen Verfassungswidrigkeit im Wesentlichen mit der Begründung, gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 sei das Unterbringen und Betreuen in diesem Gesetzeswortlaut enthalten, da auch zur Zucht, Mästung und Gewinnung von tierischen Erzeugnissen die Tiere vorerst untergebracht und betreut werden müssten. Dadurch sei auch eine Betriebsanlagengenehmigung für das Unterbringen von Hunden, auch wenn sie fremd seien, nicht erforderlich. Dies ergebe sich auch aus § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994, da dort auch die Vermietung und Einstellung von Reittieren aus der Gewerbeordnung ausgenommen sei. Weiters unterliege gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f GewO 1994 auch die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung, Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse oder dem Erhalt von Nutztieren diene, nicht der Gewerbeordnung. Die Stallung der Hunde befände sich in bestehenden landwirtschaftlichen Gebäuden, Auslaufzonen auf eigenem landwirtschaftlichen Grundstück. Weiters seien gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 leg. cit. Erwerbszweige der häuslichen Nebenbeschäftigung von der Gewerbeordnung ausgenommen. Auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft in P, X, würden auch eigene Nutztiere (Hunde) gehalten.
Die Unterbringung von zwei weiteren Hunden im Zeitraum von 9. bis 13. März 2016 bedarf keiner erhöhten Betriebsweise des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, sondern falle in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigung und sei nicht vom Anwendungsbereich der GewO 1994 erfasst.
Ein schalltechnisches Gutachten eines Sachverständigenbüros bestätige, dass es bei dem Projekt Hundepension und Hundeschule X, P zu keiner Belästigung der Nachbarn durch Lärm komme und kommen werde, eine Betriebsanlagengenehmigung sei daher nicht erforderlich.

Darüber hinaus würden im gegenständlichen Falle verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt.
Es werde der Gleichheitssatz auf Grund unsachlicher Differenzierung verletzt, da mehrere Bestimmungen der Gewerbeordnung Nutztiere wie Pferde, Rinder, Schweine, Schafe, Geflügel, Bienen udgl. von deren Anwendung ausnehmen, Hunde jedoch nicht ausdrücklich, obwohl Hunde auch als Nutztiere anzusehen seien.

Dies auch unter Hinweis auf § 2 Abs. 4 Z 6 der GewO 1994, wonach unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft auch Fuhrwerkdienst mit anderen als Kraftfahrzeugen sowie das Vermieten und Einstellen von Reittieren zu verstehen sei. Reittiere seien jedoch ebenso Nutztiere wie Hunde. Eine Ergänzung in diesem Sinne sollte der Verfassungsgerichtshof vornehmen.

Weiters werde das Verbot unsachlicher Differenzierung verletzt, da von der Bf bei gewerbsmäßigem Einstellen und Halten von Hunden (Nutztieren) eine Betriebsanlagengenehmigung verlangt werde, nach Ansicht der belangten Behörde die GewO 1994 für diese Tätigkeit anwendbar sei. Das Vermieten und Einstellen von Reittieren sei jedoch gemäß § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen und eine Betriebsanlagengenehmigung nicht erforderlich. Ebenso sei gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse ebenfalls von der GewO 1994 ausgenommen und eine Betriebsanlagengenehmigung nicht erforderlich. Gleiches werde hier vom Gesetzgeber ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt. Der Verfassungsgerichtshof solle die entsprechenden Gesetzesstellen dementsprechend in dem Sinne abändern, dass auch Hunde als Nutztiere erfasst werden.

Auch die Freiheit der Erwerbsbetätigung werde eingeschränkt, da die Bf für ihre auf ihrem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb betriebene kleine Pension für Nutztiere (Hunde) mangels Unanwendbarkeit der Gewerbeordnung für das Halten, Einstellen und Beaufsichtigen von Nutztieren (Hunde) eine Betriebsanlagengenehmigung benötige. Die Bf erfülle für diese Tätigkeit alle subjektiven Voraussetzungen für eine Hundepension (freies Gewerbe) und betreibe diese auf dem landwirtschaftlichen Betrieb der Bf. Bei dem landwirtschaftlichen Betrieb sei es auf Grund des Umganges mit Tieren unvermeidbar, dass Nachbarn durch Geruch und Lärm durch Tiere belästigt werden könnten, weshalb sie von der Gewerbeordnung ausgenommen seien. Das beauftragte Lärmgutachten ergebe, dass es zu keiner Belastung der Nachbarn durch Immissionen mit Lärm durch die Tiere und durch die Pension und Schule komme. Es werde übersehen, dass man von einer kleinen Land- und Forstwirtschaft nicht mehr leben könne und immer mehr Nebenerwerbslandwirte entstünden. Eine Betriebsanlagengenehmigung wäre nur mit erheblichem Aufwand zu erreichen. Der Verfassungsgerichtshof solle § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 um den Wortlaut „und anderen Nutztieren (Hunde)“ und § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 um den Wortlaut „Halten und Einstellen von Nutztieren, insbesondere Hunde“ ergänzen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt als belangte Behörde hat die Beschwerde, gemeinsam mit dem zugrunde liegenden Verfahrensakt, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt.
Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich durch Einzelrichter ergibt sich aus den §§ 2 und 3 VwGVG.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu GZ: Ge96-13-2016 sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2017. An dieser Verhandlung hat die Bf persönlich gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten teilgenommen (das Vollmachtsverhältnis des Rechtsvertreters im behördlichen Verfahren wurde am 6. Februar 2017 gelöst) und konnte

zum Sachverhalt Tatsachen vorbringen und Fragen beantworten. Anwesend waren auch zwei Vertreter der belangten Behörde.
Als Zeugen wurden Nachbarn der Bf, Frau R H und Herr S H, geladen und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommen.

Zu Beginn der Verhandlung brachte die Bf eine ergänzende Stellungnahme vor, wonach sie im Oktober 2012 die oben genannten freien Gewerbe anmeldete. Auf Grund dieses „Antrages“ sei die Behörde zur Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 340 GewO 1994 verpflichtet gewesen. Hätte die Behörde Zweifel an der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gehabt bzw. wäre die Genehmigungspflicht der Anlage für die Behörde offenkundig gewesen, so wäre die Behörde bereits 2012 zur Anwendung der §§ 358, 348 und 366 GewO verpflichtet gewesen. Derartige Zweifel seien jedoch beinahe drei Jahre nicht geäußert worden. Die Bf habe am 23. Oktober 2012 die behördliche Erlaubnis zur Gewerbeausübung ab 1. Jänner 2013 sowie die entsprechenden Gewerberegisterauszüge erhalten, demnach handle es sich um eine genehmigte oder zumindest „schwebend“ genehmigte Betriebsanlage.
Mitte 2015 sei es zu Einwänden von Nachbarn gekommen. Die Behörde sei verpflichtet gewesen, die Bf gemäß § 13a AVG über mögliche notwendige Verfahrenshandlungen und die unmittelbar damit verbundenen Rechtsfolgen aufzuklären. Stattdessen sei ihr lediglich im Juni 2015 mitgeteilt worden, es müssten mögliche notwendige Genehmigungen nach der GewO 1994 und dem Tierschutzgesetz, bezogen auf die Hundepension, geklärt werden. Telefonisch sei ihr dann mitgeteilt worden, eine solche Genehmigung eigentlich nicht zu brauchen, werde aber trotzdem ersucht, ein Ansuchen auszufüllen, um Ruhe vor den Nachbarn zu haben, dabei handle es sich um eine einfache Formalität. Über die Konsequenzen des Ansuchens sei die Bf nicht aufgeklärt worden.
Von den in der Anzeige beschriebenen 8 Hunden seien 4 Hunde (Husky, 2 Schäferhunde und der große grau-schwarze Hund) privat untergebracht gewesen. Dies seien 4 Hunde einer im Februar 2016 verstorbenen Freundin, welche die Bf bei sich aufgenommen habe. Auch der große weiße Hund und der kleine weiße Hund seien privat untergebracht gewesen. Der schwarze Hund mit grauer Zeichnung im Gesicht und der große mittelbraune Hund seien gewerblich untergebracht gewesen.
Die Bf verweist weiters auf die umfangreichen Messungen, wonach bei einer Haltung von 10-12 gewerblich gehaltenen Hunden die betrieblichen Immissionen unter der durch Verkehrsgeräusche und Wasserrauschen bestimmten Umgebungssituation lägen. Die gewerbliche Betreuung von 2 Hunden könne demnach in ihrem konkreten Einzelfall unmöglich eine unzumutbare Belastung darstellen und seien die damit verbundenen Vorwürfe unverhältnismäßig. Die Schließung der Anlage sei rechtswidrig und willkürlich gewesen.
Des Weiteren dürfe sie die gleiche Tätigkeit, also die Betreuung von fremden Hunden, in ihrer Tätigkeit als Landwirtin als Dienstleistung für andere Landwirte,

welche Hunde zu einem landwirtschaftlichen Zweck im Sinne des § 4 Tierschutzgesetz halten, außerhalb der Gewerbeordnung anbringen und erbringen.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von nachstehendem Sachverhalt aus:

Die Bf ist Inhaberin von drei Gewerbeberechtigungen betreffend die freien Gewerbe:
- Organisation von Seminaren, Schulungen und Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen
- Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer
- Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent

Standort sämtlicher Gewerbeberechtigungen ist in P, X.

Die Anlage zur Ausübung dieser Gewerbeberechtigungen befindet sich am Standort in P, X. Die nächstgelegene Anrainerliegenschaft mit Wohnnutzung befindet sich im Westen der Anlage auf Parzelle Nr. X, dargestellt insbesondere im zitierten schalltechnischen Projekt.

Das gegenständliche Verfahren bezieht sich auf die im Zusammenhang mit der Ausübung des Gewerbes Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer in Verwendung stehende Anlage.
Sämtliche im Zusammenhang mit den Gewerbeberechtigungen stehenden Tätigkeiten sowie der Haushalt des Anwesens werden von der Bf alleine und auf ihre Rechnung ausgeführt.
Das Gewerbe betreffend das Organisieren von Seminaren wird insofern ausgeführt, als die Seminare in externen Seminarhäusern abgehalten werden.
Im Rahmen des Handelsgewerbes wird die Produktion von Hundefutter organisiert. Das Endprodukt wird von der Bf direkt vom Produktionsort abgeholt und verteilt, das Lagern von Hundefutter ist möglicherweise in Zukunft beabsichtigt. Handelsware ist darüber hinaus diverses Zubehör für Hundebesitzer (Hundeleinen, Beißkörbe, Brustgeschirr, Halsbänder, Bekleidung, Bürsten etc.).
Der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeiten der Bf bezieht sich auf Tierpension, Tierpflege und Tiertraining, im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung wiederum schwerpunktmäßig auf die Hundepension. Hunde werden von Kunden gebracht oder von der Bf geholt und in der Anlage betreut, versorgt, gefüttert, gepflegt, spazieren geführt etc. Die Abrechnung für die Betreuung der Hunde in der Hundepension erfolgt nach Tagen pro Hund.
Im Rahmen der Landwirtschaft verfügt die Bf über 3,5 ha Grünland zum Bewegen von 3 eigenen Pferden sowie ein Forstgrundstück im Ausmaß von 5 ha. Für den Eigengebrauch bzw. für die Produktion von Hundefutter werden Kräuter und Gemüse produziert.

Unbestritten steht fest, dass diese Anlage jedenfalls seit September 2015 bis zur Bescheiderlassung betrieben wurde. Einen Antrag auf Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung hat die Bf über Aufforderung der belangten Behörde eingereicht. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergab die Notwendigkeit von Projektsergänzungen. Einwendungen von Anrainern wegen Lärmbelästigungen wurden im Rahmen der Verhandlung vorgebracht.
In der Folge wurde der Antrag auf Anlagengenehmigung im Wesentlichen wegen unzumutbarer Lärmbelästigungen mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt abgewiesen. Im Zuge der vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Grund der dagegen eingebrachten Beschwerde anberaumten und am 27. April 2017 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Bf den dem Verfahren zugrunde liegenden Genehmigungsantrag wegen beabsichtigter wesentlicher Projektsänderungen zurückgezogen.

Die belangte Behörde hat zuvor bereits mit Verfahrensanordnung vom 23. September 2015, GZ: Ge20-41-2015, gegenüber der nunmehrigen Bf im Zusammenhang mit der Errichtung bzw. dem Betrieb einer gewerblichen Betriebsanlage ohne Genehmigung den Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 mitgeteilt und sie aufgefordert, den Betrieb der Hundepension bis zum 31. Dezember 2015 zur Gänze einzustellen.

Im Rahmen der durchgeführten Verfahren hat die Bf auch ein schalltechnisches Projekt, erstellt von der T GmbH, akkreditierte Prüfstelle in L, datiert mit 23. März 2016, beigebracht. Der Verfasser dieses Gutachtens sagte hierzu als Zeuge aus, dass die im Lärmprojekt angesprochenen Lärmschutzmaßnahmen zum Teil schon umgesetzt waren, dabei handelt es sich um die organisatorischen Maßnahmen, wie im Projekt angeführt, sowie um den Sichtschutz in Richtung Parkplatz. Noch nicht realisiert waren der Sichtschutz in Richtung Nachbar sowie als Holzkonstruktion geplante und projektierte massive Abgrenzungen. Diese sind lärmtechnisch relevant und im Projekt als projektierte Lärmschutzwände rot gekennzeichnet. Im schalltechnischen Projekt sind diese projektierten Lärmschutzwände berücksichtigt, Hundegebell wurde entsprechend niedriger angesetzt.

Im nun gegenständlichen Verfahren wird der Bf ein Betrieb der Anlage, konkret im Zeitraum von 9. bis 13. März 2016, durch gewerbliche Unterbringung von 5 Hunden zur Last gelegt; zu dieser Zeit ist eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung nicht vorgelegen.

Konkret bezieht sich der Vorwurf auf 1 Husky, 1 großen mittelbraunen Hund, 2 Schäferhunde und 1 großen weißen Hund. Diese Hunde wurden von den anzeigelegenden Nachbarn im vorgeworfenen Zeitraum auf dem Areal der Bf gesichtet. Von diesen 5 Hunden befinden sich mittlerweile 4 Hunde im Besitz der Bf, und zwar die 2 Schäferhunde mit den Rufnamen „X“ und „X“ sowie 1 Malamut, das ist ein großer weiß-grauer Husky mit dem Rufnamen „X“. Bezüglich dieser 3

Hunde erfolgte eine Meldung an das Hunderegister jeweils am 19. April 2016. Gemäß dieser Meldung war Beginn der Haltung bezüglich des Schäferhundes „X“ am 15. April 2016, bezüglich „X“ und „X“ am 15. April 2016. Ein weiterer weiß-grauer Husky-Mischling mit dem Rufnamen „X“ wurde bereits am 30. März 2016 gemeldet, Beginn der Haltung war demnach der 1. März 2016. Diese 4 Hunde übernahm die Bf von einer im Februar 2016 nach schwerer Krankheit verstorbenen Freundin entsprechend deren letzten Wunsch, wobei die Eigentümerin nur für das Futter und notwendige medizinische Maßnahmen finanziell aufkam, die Betreuung selbst erfolgte unentgeltlich.
Der große mittelbraune Hund war im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit der Bf untergebracht.

Darüber hinaus befinden sich 1 schwarzer Labrador-Mischling mit dem Rufnamen „X“ sowie 1 weiß-brauner Shih Tzu, Havaneser mit dem Rufnamen „X“ im Besitz der Bf.

Diese Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich zweifelsfrei und unbestritten aus den vorliegenden Verfahrensakten sowie letztlich auch aus den Aussagen im Rahmen der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung. Dass der große mittelbraune Hund in gewerbsmäßiger Betreuung war, wurde zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens von der Bf bestritten. Vielmehr sprach die Bf zu Beginn der öffentlichen mündlichen Verhandlung noch von 2 gewerbsmäßig untergebrachten Hunden (eben dem großen mittelbraunen Hund und einem schwarzen Hund). Die Bf ging dabei aber von der ursprünglichen Anzeige der Nachbarn aus, in dieser wurden insgesamt 8 Hunde zur Anzeige gebracht, wobei eben der zweite gewerblich übernommene Hund letztlich nicht Gegenstand des Straferkenntnisses und somit nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.
Dass die weiteren 4 Hunde von der Bf von einer verstorbenen Freundin bereits während deren Erkrankung unentgeltlich, lediglich gegen Aufwandersatz für Futter und medizinische Behandlungen, übernommen wurden, erscheint dem erkennenden Richter durchaus glaubhaft. Zwar wurden diese Hunde laut den vorgelegten Meldungen an das Hunderegister erst am 30. März bzw. 19. April 2016 angemeldet, jedoch ist das Vorbringen der Bf hierzu durchaus nachvollziehbar, zumal bei der Hündin „X“ als vorige Halterin „R B (verstorben)“ hervorgeht, bei „X“ und „X“ ein Ing. A B, bei welchem es sich offensichtlich um den Ehegatten der verstorbenen Freundin der Bf handelt.
Dass diese Hunde über den vorgeworfenen Tatzeitraum verteilt (der große mittelbraune Hund war jeden Tag anwesend) auf dem Areal der Bf anwesend waren, ergibt sich einerseits aus der Anzeige der G GmbH sowie aus der Zeugenaussage der Frau H, im Zuge derer diese die Daten aus ihren eigenhändig geführten Aufzeichnungen rekonstruierte. Auch der Ehegatte der Zeugin H, Herr S H, hat sich in seiner Einvernahme auf diese Aufzeichnungen berufen. Dass die oben genannten 4 Hunde sich nunmehr im Besitz der Bf befinden, ergibt sich auch aus der Zeugenaussage der Frau H, wonach der Husky sowie die beiden Schäferhunde

irgendwann im Jahr 2016 aufgetaucht sind, dann immer wieder von einem Auto mit einem X Kfz-Kennzeichen abgeholt und wieder gebracht wurden, aber bis heute anwesend sind. Der große weiße Hund werde laut der Zeugin eher von der Familie der Bf selbst gebracht. Bei dem großen grau-schwarzen Hund, welcher letztendlich nicht Gegenstand des Straferkenntnisses wurde, handelt es sich laut der Zeugin um eine Dogge. Die Bf sprach in ihrer Stellungnahme zwar davon, der grau-schwarze Hund stamme auch von ihrer verstorbenen Freundin. Der erkennende Richter geht nun aber im Zusammenhang mit den vorgelegten Hunderegister-Meldungen davon aus, dass es sich dabei entweder um den Malamut oder den Husky handle, zumal die Stellungnahme sowie Einvernahme der Bf vor jener der Zeugin getätigt wurde und die Zeugin auch erstmals im Zuge der Einvernahme den grau-schwarzen Hund explizit als Dogge bezeichnete.

6. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich:

6.1. Gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Gemäß § 74 Abs. 1 GewO 1994 ist unter einer gewerblichen Betriebsanlage jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden,

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit

öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 ist eine Betriebsanlage zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden.

6.2. Die Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes nach den zitierten Bestimmungen der Gewerbeordnung ergibt zunächst, dass die Bf im Standort P, X, regelmäßig, selbstständig und mit der Absicht auf wirtschaftlichen Ertrag Tätigkeiten ausübt. Sie verfügt über drei Gewerbescheine betreffend das Handelsgewerbe, das Organisieren von Seminaren, Schulungen etc. sowie für das Führen einer Tierpension bzw. die Tätigkeit eines Tierpflegers bzw. Tiertrainers. Diese Tätigkeiten werden von der Bf alleine, somit selbstständig, regelmäßig, da die Gewerbescheine bereits seit Jahren im zitierten Standort bestehen, und auch unbestritten mit der Absicht auf wirtschaftlichen Ertrag durchgeführt.
Wesentliches Beschwerdevorbringen bezieht sich auf die Rechtsauffassung der Bf, wonach die Bestimmungen der Gewerbeordnung auf ihre Tätigkeiten nicht anzuwenden seien, da diese Tätigkeiten unter die Tatbestände der Bestimmungen von § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f, § 2 Abs. 1 Z 9, § 2 Abs. 1 Z 12, § 2 Abs. 3 Z 2 bzw. § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 zu subsumieren seien. Demnach wäre das Bundesgesetz der GewO 1994 insgesamt - unbeschadet ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die dort angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich bereits im Rahmen eines nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 durchgeführten Verfahrens, im Rahmen dessen eine Schließung des gewerblichen Betriebes der Bf verfügt worden ist, mit der Anwendung der Bestimmungen der Gewerbeordnung auf die Tätigkeiten der Bf befasst. Gegen den Schließungsbescheid der belangten Behörde vom 9. März 2016, GZ: Ge20-41-2015, hat die Bf, ebenfalls rechtsfreundlich vertreten, Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung der Schließungsbescheid der belangten Behörde mit Erkenntnis vom 12. August 2016, GZ: LVwG-850593/6/Re/BHu, bestätigt. Rechtlich grundlegend entscheidend für diese nach § 360 Abs. 1

GewO 1994 ergangene Entscheidung war die rechtliche Ableitung dahingehend, als die unbestrittenen Tätigkeiten der Bf im Standort X, P, als gewerbliche Tätigkeiten zu beurteilen sind und für den Betrieb der Betriebsanlage auf Grund der Möglichkeit der Belästigung von Anrainern eine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich aber nicht vorhanden ist.

Im Einzelnen wurde diese Frage wie folgt beurteilt:

„Der Schwerpunkt der gewerbsmäßigen Tätigkeiten der Beschwerdeführerin liegt im Betrieb einer Tierpension sowie der Durchführung von Tierpflege und Tiertraining, dies im Konkreten ausgeführt mit Hunden. Begleitend zu den Tätigkeiten dieser Gewerbeberechtigung wird auch der Handel mit Hundezubehör bzw. das Organisieren von Seminaren betreffend Hundeschulung, Hundeführung etc. betrieben.

Diese Tätigkeiten fallen nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich aus nachstehenden Gründen nicht unter die Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft nach § 2 Abs. 2 und 3 und auch nicht unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft nach Abs. 4 des § 2 der Gewerbeordnung.

Wenn die Beschwerdeführerin auf § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f verweist, wonach die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse (Abs. 3 Z 1) oder dem Halten von Nutztieren (Abs. 3 Z 2) dient, sowie die Nutzung von Kühlanlagen, diese jedoch nur für den Eigenverbrauch der Mitglieder, von der Anwendung der Gewerbeordnung ausgenommen sind und dies im Zusammenhang mit der darin zitierten Bestimmung des § 2 Abs. 3 Z 2 leg. cit., wonach zur Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse gehört, so knüpfen diese Beschwerdeausführungen primär an den Begriff ‚Nutztiere' an und versuchen zu begründen, warum auch Hunde zu den Nutztieren im Sinne dieser Bestimmungen zählen.
Diesen Begründungen, die oben im Wesentlichen zusammengefasst sind, kann sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht anschließen. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang zunächst auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach grundsätzlich etwa die Verköstigung und Pflege von Hunden nicht betriebstypisch für einen landwirtschaftlichen Betrieb ist (VwGH 14.10.2009, 2007/08/0072). Der Verwaltungsgerichtshof spricht insbesondere zu § 2 Abs. 3 Z 2 ausdrücklich aus, dass sich das ‚Halten von Nutztieren' auf das Halten dieser Tiere zur Aufzucht weiterer Tiere bezieht und in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Viehzucht, wie z.B. die Zucht von Kühen, Schweinen oder Schafen, bezieht (VwGH 3.7.2007, 2005/05/0253). In diesem Zusammenhang wird auch die Möglichkeit der Zucht von Reitpferden als Nutztier traditionellerweise als Urproduktion gesehen.
Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch auf die seinerzeitige Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit aus dem Jahre 2003 verweist, so ist dazu festzuhalten, dass sich auch diese Aussage ausschließlich auf die Zucht von Hunden bezieht und als solche vom Anwendungsbereich der GewO ausnimmt, in diesem Zusammenhang nicht jedoch von einem Betreuen, Pflegen bzw. Beaufsichtigen oder Behausen von Hunden spricht; jeglicher Zusammenhang mit einer möglichen Urproduktion ist in diesen Fällen nicht feststellbar.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass § 2 Abs. 3 Z 2 dieses Halten von Nutztieren ausschließlich ‚zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse' von der Anwendung der GewO 1994 ausnimmt und auch diese Absichten selbst von der Beschwerdeführerin in keiner Weise vorgebracht werden.

In Bezug auf die Auslegung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffes des ‚Nutztieres' ist auch aus Enzyklopädien entnehmbar, dass als Nutztier ein Tier bezeichnet wird, das vom Menschen wirtschaftlich genutzt wird, und zwar als Mast- und Schlachttier (Fleischtiere), Milchtiere, Fett-, Leder-, Daunen-, Honig- oder Felllieferanten. Weiters dienen Nutztiere auch der Versorgung mit Nahrung, Kleidung und auch anderen tierischen Rohstoffen, im Wesentlichen historisch auch zu betrachten zur Arbeitserleichterung z.B. als Zugtiere. Speziell in der Landwirtschaft werden Vieh, Geflügel und andere Hoftiere in vielfältiger Form und zu diesen Zwecken als Nutztiere gehalten.
Demgegenüber steht bei Heimtieren, wie z.B. Hunden, Katzen etc., die Freude am Zusammenleben im Vordergrund, denen allenfalls ein privater ‚Nutzen' zuzurechnen ist, wie z.B. die Anregung zu Spaziergängen und sozialen Kontakten (https://de.wikipedia.org).
Die Beschwerdeführerin bezieht sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Bestimmungen der Gewerbeordnung auf ihre Tätigkeiten auch auf die Subsumption unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Grunde des § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994, wonach unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft, worauf die Bestimmungen der GewO nicht anzuwenden sind, auch Fuhrwerksdienste mit anderen als Kraftfahrzeugen sowie das Vermieten und Einstellen von Reittieren zu zählen sind. Wenn auch in diesem Zusammenhang davon gesprochen wird, dass es sich beim Einstellen von Reittieren eben um Nutztiere handelt, so ist zum Begriff der Nutztiere auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Darüber hinausgehend ist auch in diesem Zusammenhang auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach auch hier die Abgrenzung zwischen z.B. Pferd und z.B. Hund deutlich wird. Historisch wird hier festgehalten, dass nach der GewO 1973 nur das Vermieten von Reittieren dem landwirtschaftlichen Nebengewerbe zugeordnet war, mit der Gewerbeordnungsnovelle 1988, dass das Nebengewerbe auch auf das Einstellen von Reittieren erweitert wurde, damit auch diese Tätigkeit als landwirtschaftliches Nebengewerbe ausgeübt werden kann. Der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich den Begriff ‚Reittier' verwendet, um klarzustellen, dass hier ausschließlich solche Tiere gemeint sind, die im Allgemeinen zum Reiten geeignet und auch bestimmt sind, wie z.B. Pferde oder Esel, und diese Tiergruppe von anderen Arten von Tieren abzugrenzen, bei denen es durchaus auch vorkommt, dass sie in einem Gewerbebetrieb zur Verköstigung und Pflege untergebracht werden, wie z.B. Hunde oder Katzen, deren Unterbringung und Pflege jedoch - anders als im Falle von zum Reiten geeigneten Tierarten - nicht betriebstypisch für einen landwirtschaftlichen Betrieb ist (VwGH 14.10.2009, 2007/08/0072).

Auch diese historische Betrachtung der von der Beschwerdeführerin auch verfassungsrechtlich in Frage gestellten Bestimmungen veranlasst den unterfertigten Richter, keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung zu hegen. Es war zweifelsfrei die Absicht des Gesetzgebers, Tätigkeiten aus Landwirtschaft sowie dem land- und forstwirtschaftlichen Gewerbe einer gesonderten Regelung zuzuführen, die nicht in einer gleichheitsrechtlich bedenklichen Weise gelöst wurde. Gegebenenfalls wäre die gesamte Rechtslage betreffend land- und forstwirtschaftliche Betriebe zu bezweifeln. Eine Anfechtung der von der Beschwerdeführerin als verfassungswidrig bezeichneten Gesetzespassagen kommt somit für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht in Betracht.

Darüber hinaus ist es nicht Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes, ergänzende Passagen in Gesetzestexte einzufügen, sondern wäre dies die des Gesetzgebers.

Wenn die Beschwerdeführerin § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f der Gewerbeordnung anspricht, wonach die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse oder dem Halten von Nutztieren dient, dass dieser auf ihre Anlage Anwendung finde, so kommt diese Bestimmung als eine Ausnahme von der Gewerbeordnung begründende Norm schon bereits aus dem Grund nicht in Frage, da sich diese Regelung lediglich auf Tätigkeiten von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bezieht; eine solche liegt jedenfalls im gegenständlichen Falle zweifelsfrei nicht vor.

Die Beschwerdeführerin weist auch darauf hin, dass gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 GewO die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch auf die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige nicht anzuwenden sind.
Judikatur und Gesetzesmaterialien begründen diesbezüglich übereinstimmend, dass für die Qualifikation einer Tätigkeit als häusliche Nebenbeschäftigung Eigenart und Betriebsweise der betreffenden Tätigkeit maßgeblich sind (VwGH 25.4.1995, 93/04/0125). Die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass es sich um eine, im Vergleich zu den anderen häuslichen Tätigkeiten, dem Umfang nach untergeordnete Erwerbstätigkeit handeln muss. Die Führung eines Hausstandes als Haupttätigkeit ist danach wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen häuslicher Nebenbeschäftigung. Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung selbst angegeben, dass der Schwerpunkt ihrer gewerblichen Tätigkeit in der Hundepension liegt, sie darüber hinaus auch noch die Gewerbeberechtigung des Handels und der Seminarorganisation betreibt, weiters im Rahmen einer Landwirtschaft 3,5 ha Grünland und etwa 5 ha Forstgrundstück verwaltet. Schließlich - so stellt sie fest - obliegt ihr auch noch der Haushalt für ihr Anwesen, den sie auch bisher alleine ausgeübt habe. Ausdrücklich stellt sie jedoch fest, dass ihre Haupttätigkeit die Hundepension ist.
Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich steht aus diesen Gründen fest, dass sich der im gegenständlichen Fall dominierende Betrieb der Hundepension samt ausgeübten weiteren Gewerbeberechtigungen nicht als im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbes ausgeübte Tätigkeit darstellen kann.

Schließlich bezieht sich die Beschwerdeführerin auch auf § 2 Abs. 1 Z 12 der GewO, wonach die Bestimmungen des Bundesgesetzes auf die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und dem Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen nicht anzuwenden sind. Dies mit dem Hinweis, eine Hundeschule sei eine Menschenschule für Menschen mit Tieren.
Gegen diese Rechtsauffassung spricht zunächst, dass in der Praxis eine ausdrückliche Bezeichnung für diese Tätigkeit in der Liste der freien Gewerbe vorgesehen ist. Diese Gewerbeberechtigung lautet zum Zeitpunkt der Anmeldung durch die Beschwerdeführerin ‚Tierpflege, Tierpension sowie Tiertrainer', nunmehr ‚Ausbildung, Betreuung, Pflege und Vermietung von Tieren sowie die Beratung hinsichtlich artgerechter Haltung und Ernährung

von Tieren mit Ausnahme der den Tierärzten vorbehaltenen diagnostischen und therapeutischen Tätigkeiten‘.
Die Anmeldung dieser Gewerbeberechtigung enthält somit den Begriff einer Hundeschule nicht, weshalb es an dieser Stelle auch nicht erforderlich ist, sich mit diesem Begriff einer Hundeschule in Bezug auf § 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994 auseinanderzusetzen. Der Gewerbewortlaut bezieht sich primär auf Tätigkeiten oder Maßnahmen mit oder gegenüber Tieren, die Gewährung einer Pension für Tiere sowie das Training von Tieren, deutet somit in keiner Art und Weise auf die Schulung der Tiereigentümer hin, auch wenn diese zum Teil anwesend sind.

Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ergibt sich somit aus den dargelegten Gründen, dass die Gewerbeordnung auf die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin, Standort P, X, anwendbar ist.

In Beachtung dieser Rechtslage hat die Beschwerdeführerin auch ihre Tätigkeiten bei der belangten Behörde als Gewerbe angemeldet und so drei Gewerbescheine, nämlich für die Gewerbe Organisation von Seminaren, Schulungen und Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen, Tierpflege, Tierpension sowie Tiertrainer bzw. das Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent, erworben. Diese Gewerbeberechtigungen waren auch zum Zeitpunkt der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach Auskunft der Beschwerdeführerin aufrecht.

In Beachtung dieser Sach- und Rechtslage hat die Beschwerdeführerin auch um Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung für ihre Anlage bei der belangten Behörde angesucht. Im Rahmen der darüber durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Einwendungen von Nachbarn bekannt, welche bei der Verhandlung anwesend waren und ihre Einwendungen wegen Lärmbelästigungen zu Protokoll gaben.

Bereits diese Sachverhaltsfeststellungen, ergänzt durch die Aussagen des beigezogenen gewerbe- und lärmtechnischen Amtssachverständigen, dass durch Hundegebell jedenfalls mit Lärmwahrnehmungen zu rechnen ist, lassen keine Zweifel offen, dass es sich bei der gegenständlichen Betriebsanlage um eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage handelt.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin ist ausschlaggebend für die Genehmigungspflicht der Anlage nach § 74 Abs. 1 und 2 GewO 1994, dass die Anlage geeignet ist, u.a. Nachbarn durch Lärm etc. zu belästigen. Die Rechtsfrage, ob Nachbarn durch das konkrete Projekt tatsächlich belästigt, unzumutbar belästigt oder in ihrer Gesundheit gefährdet werden, ist im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zu klären.

Die Tatsache, dass Maßnahmen erforderlich sind, um Lärmimmissionen bei den Nachbarn zu reduzieren, um allenfalls ein genehmigungsfähiges Projekt erstellen zu können, zeigt sich im vorgelegten lärmtechnischen Projekt der T GmbH, welches Organisationsmaßnahmen, Schutzplanen, Lärmschutzwände etc. vorsieht und in den Berechnungen berücksichtigt. Dieses Vorsehen von solchen Maßnahmen, um nach Auffassung des von der Beschwerdeführerin beauftragten privaten Sachverständigenunternehmens eine genehmigungsfähige Betriebsanlage zu ermöglichen, kann jedenfalls die Genehmigungspflicht derselben nicht in Frage stellen.

Ob das eingereichte und von der Beschwerdeführerin durch Projektsnachreichungen verbesserte Projekt im Grunde des § 77 GewO letztlich genehmigungsfähig ist, wird im Rahmen des bei der belangten Behörde anhängigen Genehmigungsverfahrens abzuklären sein, ist jedenfalls nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens.
Gegenstand dieses Verfahrens ist vielmehr die Beantwortung der Frage, ob - im Grunde des § 360 Abs. 1 GewO 1994 - die Behörde zu Recht vom Bestehen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994, nämlich von der Errichtung bzw. vom Betrieb einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung, ausgegangen ist.

Da diese Frage auf Grund der dargestellten Sach- und Rechtslage mit ja zu beantworten war, ergingen in der Folge die Verfahrensanordnung und in weiterer Folge der nunmehr bekämpfte, auf der zitierten Rechtsgrundlage ergangene Bescheid zu Recht, ..."

Gegen diese Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich hat die Bf eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben. Dieser hat mit Beschluss vom 12. Oktober 2016, E 246/2016-6, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gegen diese Entscheidung wurde von der Bf - wenn auch verspätet und gemeinsam mit Anträgen auf Wiedereinsetzung und Verfahrenshilfe - eingebracht. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Mai 2017, Ra 2017/04/0045, wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab- und die Revision zurückgewiesen.

Wenn die Bf weiters vorbringt, sie wäre zur Betreuung fremder Hunde in ihrer Tätigkeit als Landwirtin als Dienstleistung für andere Landwirte, welche Hunde zu einem landwirtschaftlichen Zweck halten, im Sinne des § 4 Tierschutzgesetz (TSchG) außerhalb der Gewerbeordnung berechtigt, so ist dazu festzuhalten, dass § 4 TSchG lediglich Begriffsbestimmungen beinhaltet, wie bspw. in Z 6 die Definition der „landwirtschaftlichen Nutztiere". Demnach sind dies „alle Haus- und Wildtiere, die zur Gewinnung tierischer Erzeugnisse (z.B. Nahrungsmittel, Wolle, Häute, Felle, Leder) oder zu anderen land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken gehalten werden". Sofern sich die Bf mit diesem Vorbringen auf die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f GewO 1994 beruft, ist diesbezüglich auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen.

Wenn die Bf weiters vorbringt, ihr Ansuchen auf Betriebsanlagengenehmigung sei „erschlichen" worden und sie sei dadurch in eine unverschuldete Notlage gekommen, ist darauf zu verweisen, dass der objektive Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 mit dem Betreiben einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne Genehmigung verwirklicht wird, dies unabhängig davon, ob bereits ein dahingehender Antrag gestellt wurde oder nicht. Die Genehmigungspflicht einer gewerblichen Betriebsanlage richtet sich - wie auch schon in obzitierter Vorentscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ausführlich erläutert - lediglich nach der bloßen Eignung, nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 verursachen zu können.

Gemäß dem mündlichen Vorbringen sowie vorgelegten Unterlagen in der mündlichen Verhandlung steht unbestrittenermaßen fest, dass die Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum die Anlage - wenn nunmehr im Tatzeitraum lediglich - aber jedenfalls - auf einen Hund statt 5 Hunden bezogen - betrieblich genutzt hat. Der Betrieb der Anlage ist ihr daher jedenfalls zuzurechnen. Der Betrieb der Anlage wurde auch von der Bf selbst im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung bestätigt und ist demnach der ihr zur Last gelegte Tatvorwurf des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 jedenfalls objektiv erfüllt.

6.3. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Im gegenständlichen Fall ist die verhängte Geldstrafe nicht im oberen Bereich des Strafrahmens angesiedelt und trägt jedoch grundsätzlich auch dem Gedanken der Spezialprävention Rechnung. Dem Gesamteindruck der wirtschaftlichen Situation der Bf im Zuge des Beschwerdeverfahrens folgend, kommt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus heutiger Sicht zum Ergebnis, dass die Schätzung des monatlichen Nettoeinkommens der Bf zu hoch ausgefallen ist, zumal die Bf im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung einen - mittlerweile mangels Komplexität der Rechtssache abgewiesenen - Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe unter Beilage von Saldenlisten aus dem Jahr 2016, Kontoauszügen, Belegen über bestehende Kredite, Schulden etc. stellte, aus denen hervorgeht, dass die Bf im

Jahr 2016 insgesamt Verluste in Höhe von rund 11.000 Euro erwirtschaftete. Eine teilweise Herabsetzung der verhängten Geldstrafe erscheint aus diesem Grunde gerechtfertigt. Eine weitere Reduzierung der Geldstrafe war jedoch nicht zuletzt auch auf Grund der der Bf bekannten Gewerbeausübung nicht möglich, die Bf hätte sich letztlich der Gewebeausübung bewusst sein müssen, hat sie doch selbst die bestehenden Gewerbeberechtigungen durch ihre Anmeldung erlangt und auch eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung beantragt. Außerdem war ihr auch der - wenngleich im Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftige - Schließungsbescheid bekannt. Dass letztendlich nur 1 Hund - statt ursprünglich von der belangten Behörde angenommen 5 Hunde - tatgegenständlich ist, stellt keinen Milderungsgrund dar, zumal die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage unabhängig von der Anzahl der aufgenommenen Hunde besteht, wurde letztlich aber bei der Herabsetzung mit berücksichtigt.
Wenn die Bf vorbringt, sie sei durch das „Erschleichen“ eines Ansuchens um Genehmigung in eine unverschuldete Notlage geraten, vermag daraus auch kein Milderungsgrund entnommen werden, zumal die Genehmigungspflicht unabhängig von diesbezüglichen Aufforderungen bzw. Handlungen seitens der belangten Behörde besteht, sondern wie bereits mehrfach erläutert, sich aus der bloßen Eignung zu Gefährdungen bzw. Belästigungen ableitet. Des Weiteren liegt der Milderungsgrund der Notlage im Sinne des § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 Z 10 StGB nur vor, wenn durch eine nicht auf Arbeitsscheu zurückzuführende drückende Notlage zur Tat bestimmt worden ist. Dass die Bf alleine durch ihre finanzielle Notlage (die genannte drückende Notlage ist allein wirtschaftlich zu definieren (12 Os 14/01) und nur bei einem bestehenden oder drohenden Mangel am notwendigen Lebensunterhalt zur Tatzeit anzunehmen (13 Os 83/93, 11 Os 15/96)) zur gegenständlichen Tat bestimmt wurde, wurde weder vorgebracht noch ergaben sich im Ermittlungs- bzw. Beschwerdeverfahren Hinweise dahingehend. Zwar liegt zweifelsohne bei der Bf eine finanziell prekäre Situation vor, jedoch war dies nicht die primäre Motivation der Bf, die sie zum Betreiben der Betriebsanlage ohne dementsprechende Genehmigung verleitete. Vielmehr vertritt die Bf die - irrige - Rechtsauffassung, ihre Tätigkeit sei vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Der finanziellen Situation wurde ohnehin bereits entsprechend § 19 Abs. 2 letzter Satz VStG Rechnung getragen.

Erschwerungsgründe lagen keine vor. Zwar lag im Tatzeitpunkt ein mit 8. März 2016 - somit einen Tag vor Beginn des nun gegenständlichen Tatzeitraums - datiertes, gleichgelagertes Straferkenntnis gegen die Bf vor, jedoch war dieses im Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftig. Die Bf sei jedoch darauf verwiesen, dass im Falle weiteren genehmigungslosen Betreibens der Betriebsanlage wohl mit höheren Strafen seitens der belangten Behörde zu rechnen sein wird.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann die Behörde bei Vorliegen der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen und die Einstellung verfügen. Sie kann den Beschuldigten jedoch

gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies geboten ist, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
In Anlehnung an die bisherige Judikatur zu § 21 VStG (welcher der obzitierten Nachfolgebestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 leg. cit. gewichen ist) hat - neben der Rechtsgutqualifikation - für die Erfüllung der Voraussetzungen für die Nichtverhängung einer Strafe im konkreten Anlassfall das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückzubleiben.
Ein derartig geringfügiges Verschulden, welches das Absehen von der Strafe im Grunde des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG rechtfertigen würde, liegt jedoch - wie auch oben dargestellt - nicht vor bzw. konnte ein solches im durchgeführten Verfahren, insbesondere auch nicht vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dargelegt werden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt unter Berücksichtigung sämtlicher hervorgekommener Erschwerungs- und Milderungsgründe zur Auffassung, dass bei Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse mit der Verhängung der entsprechend herabgesetzten Geldstrafe das Auslangen zu finden ist. Die wirtschaftliche Situation alleine kann die Herabsetzung der Strafe begründen, nicht jedoch den Ausspruch einer Ermahnung.

Auf Grund der dargestellten Sach- und Rechtslage war wie im Spruch zu entscheiden.

II. Entsprechend der Herabsetzung der Geldstrafe war auch die Ersatzfreiheitsstrafe und der Kostenbeitrag für das Verfahren durch die Strafbehörde herabzusetzen.

Auf Grund der teilweisen Stattgebung der Beschwerde entfällt die Vorschreibung von Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dies ist in den zitierten Gesetzesstellen begründet.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s e

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger